

Vorträge Reden und Berichte aus dem Europa-Institut / Nr. 246

herausgegeben

von Professor Dr. Dr. Georg RESS

Dr. Heinrich Kirschner

Richter am Gericht erster Instanz
der Europäischen Gemeinschaften

Die Abgrenzung des Verwaltungsaktes von
anderen behördlichen Handlungen, vor allem zur
Beeinflussung wirtschaftlicher Abläufe, in der
Rechtsprechung des Gerichts erster Instanz der EG

Vortrag vor dem Europainstitut der Universität des Saarlandes
Saarbrücken, den 7. Juni 1991

Die Abgrenzung des Verwaltungsaktes von anderen behördlichen Handlungen, vor allem zur Beeinflussung wirtschaftlicher Abläufe, in der Rechtsprechung des Gerichts erster Instanz der EG

I.

Wir beschäftigen uns heute mit der Rechtsprechung des Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften, das ich Ihnen zu Beginn kurz vorstellen möchte, da es Ihnen noch nicht allen bekannt sein dürfte¹.

Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften war seit der Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl und der späteren Errichtung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Europäischen Atomgemeinschaft das einzige Rechtsprechungsorgan der drei Gemeinschaften. Der Gerichtshof deckte - und deckt - damit alle Rechtsstreitigkeiten ab, die in der Rechtsordnung der Gemeinschaften entstehen können. Seine Funktionen reichen von denen eines Kartell- und Dienstgerichts bis zu denen eines Verfassungsgerichts; insbesondere beantwortet der Gerichtshof im Vorabentscheidungsverfahren Fragen zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts, die ihm die Gerichte der Mitgliedstaaten stellen. Diese vielfältigen Aufgaben führten zu einer immer größeren Belastung des Gerichtshofs und zu einer Verlängerung der Verfahrensdauer, die im Laufe der Jahrzehnte immer gravierender erschienen. Daher ist das Rechtsprechungsmonopol des Gerichtshofes im Bereich der Gemeinschaften durch die Einheitliche Europäische Akte aufgehoben worden. Artikel 168 A des EWG-Vertrages und die entsprechenden Artikel der anderen Gründungsverträge sehen

¹ Zur Vorgeschichte und Entstehung des Gerichts ausführlich Lenaerts, Das Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften, EuR 1990, S. 228-248, m.w.N.

nunmehr vor, daß dem Gerichtshof ein Gericht beigeordnet werden kann, das für Entscheidungen über bestimmte Gruppen von Klagen natürlicher oder juristischer Personen (also nicht: Klagen der Mitgliedstaaten oder der Organe) im ersten Rechtszug zuständig ist. Durch Beschluß vom 24. Oktober 1988 hat der Rat als Gesetzgeber der Gemeinschaft diese verfassungsrechtliche Ermächtigung ausgenutzt und zur Verbesserung des Rechtsschutzes der Bürger und zur Entlastung des Gerichtshofes - so die amtlichen Erwägungsgründe - die Errichtung des Gerichts erster Instanz mit 12 Richtern, also aus allen Mitgliedstaaten, beschlossen. Als Zuständigkeiten wurden dem Gericht übertragen, ich vereinfache etwas

- die Klagen der Marktbürger gegen Rechtsakte der Kommission als der Kartellbehörde der Gemeinschaft
- die Streitigkeiten zwischen der Gemeinschaft und ihren Beamten und Angestellten sowie
- bestimmte Streitsachen aus dem Bereich der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl, deren Bedeutung abnimmt.

Im Oktober 1989 war das Gericht konstituiert, so daß der Gerichtshof 153 Altverfahren aus den eben genannten Zuständigkeitsbereichen an uns verweisen konnte. Seitdem sind eineinhalb Jahre Rechtsprechung vergangen, aus denen vielleicht erste Tendenzen ermittelt werden können.

Als Thema der heutigen Veranstaltung habe ich den Verwaltungsakt ausgewählt, einen Begriff des deutschen Verwaltungsrechts, den die Terminologie des Gemeinschaftsrechts als solchen nicht kennt, sondern der darin nur Entsprechungen hat. Da dieser Begriff aber eine klare Abgrenzung der zu behandelnden Problematik erlaubt, habe ich ihn im Thema verwendet. Es geht heute im wesentlichen um ein Problem, das sich wohl in jedem verwaltungsrechtlichen System ähnlich stellen

dürfte, der Frage nämlich: Wann will die Verwaltungsbehörde die Rechtslage in einem Einzelfall verbindlich gestalten - in der Sprache von § 35 des Verwaltungsverfahrensgesetzes des Bundes einen Einzelfall verbindlich regeln - und wann will sie z.B. nur vorbereitende, erläuternde oder rein tatsächliche Maßnahmen treffen?

Diese Frage spielte in der bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts eine erhebliche Rolle, weil die Zulässigkeit der Nichtigkeitsklage, deren Ziel die Annullierung einer an den Adressaten ergangenen Entscheidung ist, davon abhängt, daß ein Einzelakt mit Rechtswirkung oder, heute nicht zu erörtern, eine Rechtsnorm vorliegt (Artikel 173, 174 EWGV). Wir werden dies an Beispielen aus dem Wettbewerbsrecht, dem Kartellrecht, der EWG sehen. Zweiter Klagetyp: Unterläßt es ein Organ pflichtwidrig, an den Bürger eine Entscheidung zu richten, so kann dieser eine Untätigkeitsklage erheben, die auf die Feststellung einer vertragswidrigen Untätigkeit gerichtet ist. Hier kommt es schon für die Zulässigkeit darauf an, ob die unterbliebene Entscheidung an den Kläger zu richten gewesen wäre oder inwieweit sie ihn unmittelbar betroffen hätte. Auch diese Frage hat das Gericht in einem grundsätzlichen Beschluß behandelt.

Außerhalb des Wettbewerbsrechts treffen wir auf eine nahezu gleiche Problematik im Beamten- und Arbeitsrecht der Gemeinschaft. Dort ist Ausgangspunkt der Begriff der beschwerenden Maßnahme, da nicht beschwerende Maßnahmen weder im verwaltungsinternen Vorverfahren noch vor Gericht angefochten werden können. Zu der Frage, was eine Beschwer darstellt, hat das Gericht unter Fortführung der Rechtsprechung des Gerichtshofes ebenfalls bereits eigene Entscheidungen erlassen.

II.

Die ersten Urteile, die ich heute behandeln möchte, stammen aus dem Wettbewerbsrecht der EWG, dessen maßgebliche Normen ich Ihnen vorab zum Verständnis kurz und naturgemäß stark vereinfacht skizzieren will: Nach Artikel 85 Abs. 1 des Vertrages sind u.a. alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen verboten, die die Festsetzung von An- oder Verkaufspreisen bezwecken, statt die Preisbildung den Marktkräften zu überlassen. Absatz 2 bestimmt, daß derartige Vereinbarungen nichtig sind. Absatz 3 gibt der Kommission als Wettbewerbsbehörde der Gemeinschaft die Möglichkeit, bestimmte Vereinbarungen vom Verbot des Absatzes 1 freizustellen, wenn sie, kurz gesagt, im Ergebnis volkswirtschaftliche Vorteile bringen, die gegenüber den Wettbewerbsbeschränkungen überwiegen.

Die dazugehörenden verfahrensrechtlichen Vorschriften finden Sie u.a. in der VO Nr. 17 des Rates und der ergänzenden VO Nr. 99/63 der Kommission². Opfer von verbotenen Kartellvereinbarungen können bei der Kommission nach Art. 3 Abs. 2 der VO Nr. 17 beantragen, die Zuwiderhandlung gegen Art. 85 Abs. 1 festzustellen. Die Beteiligten an einer verbotenen Vereinbarung, die eine Freistellung der Kommission nach Art. 85 Abs. 3 in Anspruch nehmen wollen, haben ihre Vereinbarung nach Art. 4 der VO Nr. 17 bei der Kommission anzumelden (ohne Anmeldung keine Freistellung).

² Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962 (Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages, ABl. Nr. 13, S. 204); Verordnung Nr. 99/63/EWG der Kommission vom 25. Juli 1963 über die Anhörung nach Artikel 19 Absätze 1 und 2 der Verordnung Nr. 17 des Rates (ABl. Nr. 127, S. 2268).

Vor diesem gemeinschaftsrechtlichen Hintergrund betrachten wir nun zunächst einen Verfahrenskomplex aus Italien ³. Dort hatte die italienische Tochtergesellschaft von BMW, BMW Italia, ihren Händlervertrag mit einer GmbH namens Automec gekündigt, die damit aus dem Vertriebssystem für BMW-Automobile ausgeschlossen wurde. Hiergegen wandte sich Automec beschwerdeführend an die Kommission und trug vor, BMW verstoße gegen die Wettbewerbsregeln des Vertrages. BMW sei verpflichtet, Automec wieder als Händler in sein Vertriebssystem aufzunehmen, u.a. dies solle die Kommission anordnen.

Mit einem von einem Direktor in der GD Wettbewerb unterzeichneten Brief teilte die Kommission Automec mit, sie sei unzuständig, die beantragte Entscheidung zu erlassen. Die nationalen, italienischen Gerichte könnten über die Auflösung des Händlervertrages urteilen, während die Kommission in diesem Fall BMW nicht zur Wiederaufnahme der Lieferungen verpflichten könne. Im übrigen erlaubten die der Kommission vorliegenden Informationen nicht den Schluß, daß das Vertriebssystem von BMW Italia dem Gemeinschaftsrecht widerspreche.

Hiergegen erhob Automec Nichtigkeitsklage mit dem Vorbringen, der Brief enthalte eine Entscheidung der Kommission. Die Kommission war dagegen der Meinung, daß sie noch gar nicht entschieden habe. Während des Prozesses forderte die Kommission mit einem zweiten Brief Automec auf, nach Art. 6 der VO Nr. 99 binnen zwei Monaten Bemerkungen zu ihrer Absicht einzureichen, der Beschwerde nicht stattzugeben. Dies geschah und die Kommission beschied Automec kurz vor der mündlichen Verhandlung über die Unzulässigkeit der Klage durch einen dritten Brief dahin, daß die Beschwerde zurückgewiesen werde. Vor der Urteilsverkündung wurde dieser Brief mit einer zweiten Klage ebenfalls angefochten. Da dieses zweite Verfahren vor dem Gericht noch

³ Rechtssache T-64/89, Automec S.r.l./Kommission, Urteil vom 10 Juli 1990, Slg. 1990, S. II-367.

anhängig ist ⁴, werden Sie verstehen, daß ich mich bei meinen Bemerkungen zu diesem Komplex auf das erste, rechtskräftige Urteil des Gerichts beschränken werde.

Das Gericht hatte zu entscheiden, ob schon der erste Brief der Kommission eine Entscheidung enthielt. Dabei ging es zunächst von der Ausgestaltung des Verfahrens aus, die Art. 6 der VO Nr. 99/63 festlegt.

Ich zitiere:

"Ist die Kommission der Auffassung, daß die von ihr ermittelten Umstände es nicht rechtfertigen, einem nach Artikel 3, Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 gestellten Antrag stattzugeben, so teilt sie den Antragstellern die Gründe hierfür mit und setzt ihnen eine Frist zur Mitteilung etwaiger schriftlicher Bemerkungen."

Das Gericht legte diese Vorschrift dahin aus, daß sie drei Phasen des Verfahrens vorsieht. Zunächst ermittelt die Kommission, dabei kann sie auch informell mit dem Beschwerdeführer Informationen austauschen. Dann folgt die formelle Aufforderung an den Beschwerdeführer zur Stellungnahme innerhalb einer bestimmten Frist. In der dritten Phase nimmt die Kommission von den Bemerkungen des Beschwerdeführers formell Kenntnis, sie kann danach, wie die Rechtsprechung des Gerichtshofes entwickelt hat, die Beschwerde durch eine Entscheidung zurückweisen ⁵.

Vor dem Hintergrund der so präzisierten Rechtslage stellt sich die prozeßentscheidende Frage im Urteil anschließend wie folgt: Gehört

⁴ Rechtssache T-24/90, Automec S.r.l./Kommission (II).

⁵ z.B., Rechtssache 210/81, Demo-Studio Schmidt/Kommission, Urteil vom 11. Oktober 1983, Slg. 1983, S. 3045.

der angefochtene Brief in die erste oder in die dritte Phase? Dies wird nun unter Berücksichtigung des Wortlauts näher analysiert. Der erste Teil des Briefes - fehlende Zuständigkeit - erweckt für das Gericht in der Tat den Eindruck einer endgültigen Weigerung der Kommission. Dagegen sei der zweite Teil des Briefes, die kursorische Würdigung des angeblichen Wettbewerbsverstoßes von BMW Italia, allgemeiner gehalten, hier werde nicht der Eindruck einer abschließenden Entscheidung erweckt. Eine Entscheidung könne aber nicht gleichzeitig vorläufige und endgültige Bewertungen enthalten. Damit liege, da auch eine Teilentscheidung ausscheide, noch keine endgültige Entscheidung vor.

Auf die Unterschrift - bloß - des Direktors, die die Kommission zum Beweis ihrer These einer fehlenden Entscheidung herangezogen hatte, kam es mithin nicht an, wie das Gericht ausdrücklich feststellt. Das Gericht hat die Klage daher als unzulässig abgewiesen, aber immerhin der Kommission die Hälfte der Kosten der Klägerin auferlegt, da die Kommission durch die mehrdeutige Fassung des Briefes zur Entstehung des Rechtsstreits beigetragen hatte.

Unser zweiter Komplex betrifft Maßnahmen in den Niederlanden, die dort der Kostendämpfung im Gesundheitswesen dienen sollten, ein in vielen Mitgliedstaaten dringendes gesundheitspolitisches Problem⁶. Zu diesem Zweck schlossen die niederländische pharmazeutische Industrie und die niederländischen Krankenversicherer 1988 einen Vertrag, den sogenannten All-Parteien-Vertrag - Omni-Partijen Akkoord. Er sah im Bereich des Privatrechts Preissenkungen für den Ankaufspreis der Apotheken vor. Ferner sollten, als eine Art von Gegenleistung für dieses Entgegenkommen der Pharmaindustrie,

⁶ Rechtssachen T-113/89, Nefarma u.a./Kommission, T-114/89, VNZ u.a./Kommission und T-116/89, Prodifarma/Kommission, Urteile vom 13. Dezember 1990, noch nicht in der Slg. veröffentlicht.

öffentlich-rechtliche Bestimmungen geändert werden, die den Apothekern Anreiz geben, anstelle der teuren, vom Arzt verschriebenen Medikamente billigere Medikamente mit demselben therapeutischen Effekt abzugeben, die zum Beispiel aus Parallelimporten aus billigen Ländern stammen. Bis dahin erhielt der Apotheker in diesem Fall eine Prämie von 33,3 % der Preisdifferenz, sie sollte auf 15 % gesenkt werden, ersichtlich im Interesse der "offiziellen" Arzneimittel-lieferanten, die natürlich einem Ausbau der Parallelimporte kritisch gegenüberstanden.

Die Vertragsparteien konnten das öffentliche Recht über die Prämie des Apothekers selbstverständlich nicht selbst ändern, sondern legten diesen Teil des OPA niederländischen Behörden vor, die die entsprechenden Bestimmungen modifizieren sollten. Der Vertrag, der ja Arzneimittelpreise festsetzte, wurde außerdem von dem Verband der niederländischen Pharmaindustrie, Nefarma, für alle Vertragsparteien bei der Kommission in Brüssel angemeldet, damit diese eine Freistellungserklärung nach Art. 85 Abs. 3 erteilte.

Unabhängig davon stellte Prodifarma, ein Verband der - kurz gesagt - Außenseiter, einen Antrag auf Feststellung einer Zuwiderhandlung. In Prodifarma sind Unternehmen organisiert, die billigere Arzneimittel ohne Marke herstellen oder importieren, und die sich von dem öffentlich-rechtlichen Teil des OPA, der Herabsetzung der Prämie, betroffen fühlten.

Die erste Reaktion der Kommission war negativ für den OPA. Daraufhin sah die niederländische Regierung davon ab, ihr öffentliches Recht entsprechend dem OPA zu ändern. Um die Kommission zu einer Änderung ihres Standpunkts zu bewegen, nahm sie intensive Verhandlungen mit dieser auf, die zwei Staatssekretäre mit dem zuständigen Kommissionsmitglied, Vizepräsident Sir Leon Brittan, führten.

Sie endeten mit einem Brief von Sir Leon Brittan an die beiden Staatssekretäre, der uns im folgenden beschäftigen wird. Sir Leon schrieb im Auszug: Ich habe mein provisorisches Urteil über den OPA in einem Sinn geändert, der im Rahmen des Möglichen Ihren Wünschen und Zielen entspricht. Als ehemaliger Finanzminister unterstütze ich ein so wichtiges Ziel wie die Kostendämpfung im Gesundheitswesen. Der OPA beeinträchtigt jedoch die Stellung der Medikamente aus Parallelimporten im Wettbewerb und isoliert den niederländischen Markt gegenüber den anderen Mitgliedstaaten. Bevor eine positive Entscheidung getroffen werden kann, muß der wettbewerbswidrige Effekt abgemildert werden. Ich schlage Ihnen vor (Ik stel U voor) die Prämie für die Apotheker nur auf 20 % (statt auf 15 %) zu senken und den Effekt dieser Prämie in der Praxis ein Jahr zu testen, um festzustellen, ob der Wettbewerb verfälscht wird. Diese Änderung des OPA und die nachfolgende Beobachtung ihrer Auswirkungen würden es mir ermöglichen, das Verfahren für eine positive Entscheidung (d.h. für eine Freistellung) einzuleiten.

Dieser Brief wurde in Kopie an Nefarma und an den Beschwerdeführer Prodifarma geschickt. Die Vertragsparteien änderten den OPA im gewünschten Sinn, die niederländischen Behörden beschlossen die entsprechenden Rechtsänderungen und am 1.4.1989 trat das neue System in Kraft.

Nefarma legte aber weiterhin auf eine Prämie von, wie ursprünglich geplant, nur 15 % Wert und erhob daher Nichtigkeitsklage. Nefarma beantragte, eine im Brief von Sir Leon Brittan angeblich enthaltene Entscheidung für nichtig zu erklären. Die Kommission erhob die Einrede der Unzulässigkeit der Klage, da der Brief keine Entscheidung der Kommission als Kollegialorgan enthalten habe.

Damit stellte sich dem Gericht erneut unser Problem: Lag ein Verwaltungsakt vor oder nicht? Das Gericht hat in seinem Urteil vom 13. Dezember 1990 zunächst eine scharfe Trennung vorgenommen. Die rechtlichen Beziehungen zwischen der Gemeinschaft und dem Königreich der Niederlande, an das ja der Brief gerichtet war, sind gesondert und von den Beziehungen zwischen der Kommission und Nefarma untersucht worden. Im Verhältnis zu den Niederlanden wirft das Gericht als erstes die Frage auf, ob die EWG überhaupt eine Rechtsgrundlage für eine derartige Entscheidung gegen einen Mitgliedstaat gehabt hätte. Dies war im Ergebnis nicht festzustellen, so daß der Brief gegen die Niederlande keine Rechtswirkungen erzeugt hat, auch wenn die niederländische Regierung einen derartigen Brief gewünscht und sich freiwillig nach ihm gerichtet hatte. Der Vertrag sieht, so stellt das Gericht weiter fest, zur Verwirklichung der Ziele des Vertrages eine freiwillige Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Mitgliedstaaten vor. Auch dies spricht für eine bloße Stellungnahme der Kommission ohne bindenden Charakter.

Erst anschließend, also nach einer Auslegung der einschlägigen Bestimmungen, wendet sich das Gericht dem Inhalt und Wortlaut des Briefes zu, die es vor dem Hintergrund der soeben skizzierten Rechtslage würdigt. Das Gericht stellt fest, daß eine kollegiale Entscheidung der Kommission in dem Brief nicht zum Ausdruck kommt, sondern eher eine politische Empfehlung von Sir Leon Brittan im Rahmen eines Meinungsaustausches unter Politikern. Letztlich wird nach dem Wortlaut des Briefes auch nur etwas vorgeschlagen. Aus all diesen Gründen stellt das Gericht fest, daß keine Entscheidung an die Niederlande ergangen ist.

Als nächstes untersucht das Gericht, ob gegenüber den Klägern eine Entscheidung vorgelegen hat. Diese hatten vorgetragen, der ursprüngliche Inhalt des OPA sei bereits in dem Brief endgültig verworfen

worden. Dem hält das Gericht entgegen, daß die Prüfung noch nicht abgeschlossen war, wie sich auch daraus ergebe, daß die prozessualen Rechte der Kläger nach der VO Nr. 17 ausdrücklich vorbehalten worden waren. Der Brief hatte auch noch nicht die Rechtswirkungen einer Freistellung des geänderten OPA, da dieser noch ein Jahr in der Praxis beobachtet werden sollte.

Anschließend verwirft das Gericht eine weitere Möglichkeit, das umstrittene Schreiben als Entscheidung anzusehen: Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes darf die Kommission in dem hier in Rede stehenden Verfahren bindend einstweilige Maßnahmen erlassen, und zwar durch selbständig anfechtbare Entscheidung⁷. In unserem Fall blieb es jedoch den Vertragsparteien des OPA überlassen, ob sie diesen frei-willig ändern wollten. Das ist wohl der entscheidende Punkt: Auch im Verhältnis zu den Parteien des Vertrages fehlt auf der Seite der Behörde der Wille, ihnen eine rechtlich bindende Anweisung zu erteilen. Das Gericht erkannte an, daß die Vertragsparteien durch die dem Brief entsprechenden Änderungen des niederländischen Gesundheitsrechts rechtlich gebunden worden sind. Dies beruht aber auf Rechtsakten der niederländischen Behörden, die - wie wir gesehen haben - nicht durch eine Entscheidung der Kommission angeordnet worden sind, sondern autonom erfolgten. Also hat der Brief selbst auch insoweit keine Rechtswirkungen erzeugt.

Am Ende seines Urteils geht das Gericht kurz auf ein mehr rechtspolitisches Argument der Kläger ein, die die Verkürzung des Rechtsschutzes der Marktbürger beklagt hatten, wenn man der Kommission derartige einstweilige Verfahren ohne Kontrolle durch die Gerichte der Gemeinschaft erlaube. Das Gericht antwortet knapp: Was die Kläger beabsichtigen, wäre eine vom EWGV nicht vorgesehene Klage auf die

⁷ Rechtssache 792/79 R, Camera Care/Kommission, Beschluß vom 17. Januar 1980, Slg. 1980, S. 119

Feststellung, daß der OPA mit dem Wettbewerbsrecht der EWG vereinbar war und die Stellungnahme von Sir Leon Brittan daher fehlging. Die Klage wurde infolgedessen als unzulässig zurückgewiesen.

Interessanterweise hatte auch der Verband Prodifarma, der weiterhin für die für seine Importeure günstigere Prämie von 33 % eintrat, Nichtigkeitsklage erhoben. Es lohnt sich, auch das Urteil in diesem parallelen Verfahren in unsere Betrachtung einzubeziehen, da es einen weiteren Aspekt der Rechtslage behandelte, der in dem Nefarma-Verfahren kaum eine Rolle spielte: Um die These einer bindenden, aber zu milden Entscheidung von der anderen Seite zu begründen, hatte Prodifarma im wesentlichen folgende Argumentation vorgetragen: Vor dem Brief von Sir Leon Brittan sei die Situation in den Niederlanden blockiert gewesen. Erst nachdem Sir Leon grünes Licht gegeben habe, sei es möglich geworden, den OPA zu realisieren. Damit habe sich durch den Brief die Rechtslage unmittelbar geändert.

Das Gericht ist auch dieser These nicht gefolgt. Sie erinnern sich, daß nach Art. 85 Abs. 2 EWGV Verträge nichtig sind, die gegen Art. 85 Abs. 1 EWGV verstoßen. Da nach dem eigenen Vortrag der Kläger der OPA gegen Art. 85 Abs. 1 verstieß, war für die Prüfung der Zulässigkeit zu unterstellen, daß der OPA nichtig war. Diese Rechtslage wurde durch den Brief von Sir Leon Brittan nicht geändert, da der Brief keine Freistellungserklärung enthielt. Die Rechtstellung der Parteien des OPA war also nicht verändert. Wenn sie den OPA entsprechend den Vorschlägen von Sir Leon Brittan änderten und praktizierten, blieb ihnen das Risiko, einen nach Art. 85 Abs. 2 nichtigen Vertrag anzuwenden. Insbesondere in einem Verfahren vor niederländischen Gerichten, auch dort konnte der OPA ja eine Rolle spielen, hätte dies jederzeit festgestellt werden können. Die angeblich bindende Aufhebung der vermeintlichen Blockierung des OPA erwies sich also als

Trugschluß von Prodifarma; auch diese Klage wurde als unzulässig zurückgewiesen.

Halten wir einen Moment inne und analysieren, wie das Gericht methodisch vorgegangen ist. Im Vordergrund der Betrachtung steht in allen Urteilen die objektive Rechtslage. Die Urteile Nefarma und Prodifarma zeigen, daß - wie immer im Gemeinschaftsrecht - den höherrangigen Bestimmungen des Gründungsvertrages besondere Aufmerksamkeit zu schenken ist. Schon am Inhalt dieser Bestimmungen kann die Annahme einer bindenden Gestaltung der Rechtslage scheitern, wobei aber Inhalt und Wortlaut des angefochtenen Aktes weitere Gründe gegen die Annahme einer verbindlichen Regelung des Einzelfalles ergeben können.

III.

Nun kommen wir zum zweiten Klagetyp der Verträge, der Untätigkeitsklage. Auch hier ist aus dem Komplex des OPA ein interessantes Verfahren entstanden, das uns einen Exkurs vom Hauptthema zu der Frage ermöglicht, wieweit die Regelungswirkung eines Verwaltungsakts reichen kann ⁸.

Nefarma hatte den OPA bei der Kommission zur Freistellung angemeldet; damit waren die Parteien des OPA gemäß Art. 15 Abs. 5 der VO Nr. 17 davor geschützt, daß die Kommission Bußgelder wegen einer Zuwiderhandlung gegen Art. 85 Abs. 1 festsetzte. Die Kommission hat nun aber gemäß Art. 15 Abs. 6 die Möglichkeit, diese Bußgeldfreiheit dadurch zu entziehen, daß sie dem anmeldenden Unternehmen mitteilt, nach vorläufiger Prüfung sei sie der Auffassung, daß ein Verstoß gegen Art. 85 Abs. 1 vorliege und eine Freistellung nicht gerechtfertigt

⁸ Rechtssache T-3/90, Prodifarma/Kommission (II), Beschluß vom 23. Januar 1991, noch nicht in der Slg. veröffentlicht.

sei. Dies geschieht nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes durch Entscheidung gegenüber dem betroffenen Unternehmen, die das Unternehmen natürlich anfechten kann ⁹.

Prodifarma wollte sich diese Rechtslage zunutze machen. Während der eben erörterten Anfechtungsprozesse gegen den Brief von Sir Leon beantragte Prodifarma 1989 bei der Kommission, gegen die Vertragsparteien des OPA gemäß Art. 15 Abs. 6 der VO Nr. 17 den Entzug der Bußgeldfreiheit anzuordnen. Ein Referatsleiter bei der Kommission antwortete u.a., ein Beschwerdeführer habe nicht das Recht, von der Kommission den Entzug der Bußgeldfreiheit gegenüber anderen Unternehmen zu verlangen. Daraufhin erhob Prodifarma Untätigkeitsklage mit dem Antrag festzustellen, daß die Kommission es unter Verletzung des EWG-Vertrages unterlassen habe, über ihren Antrag auf Entzug der Bußgeldfreiheit zu entscheiden.

Die Kommission wandte die Unzulässigkeit dieser Klage ein, über die das Gericht ohne mündliche Verhandlung durch Beschluß vom 23.1.1991 entschieden hat. Das Gericht hätte es sich einfach machen können. Nach Art. 175 Abs. 3 EWGV kann jede natürliche oder juristische Person Beschwerde darüber führen, daß ein Organ der Gemeinschaft es unterlassen hat, einen anderen Akt als eine Empfehlung oder Stellungnahme "an sie" zu richten. Da die Entscheidung über einen Entzug der Bußgeldfreiheit an die Vertragsparteien des OPA und nicht an einen dritten Beschwerdeführer zu richten gewesen wäre, war schon damit eine der Voraussetzungen des Art. 175 Abs. 3 nicht erfüllt. Die Untätigkeitsklage konnte mithin bereits aus diesem Grund als unzulässig behandelt werden. Dies war in der Tat die erste, auf den Wortlaut des Vertrages gestützte Begründung des zurückweisenden Beschlusses.

⁹ Verb. Rechtssachen 8-11/66, Cimenteries u.a./Kommission, Urteil vom 15. März 1967, Slg. 1967, S. 99.

Nun gibt es aber in der Literatur eine Meinung, die eine derartige Anwendung des Art. 175 Abs. 3 für rechtsirrig hält. Bei der Nichtigkeitsklage des Art. 173 Abs. 2 kann ich nämlich nicht nur eine Entscheidung anfechten, die an mich ergangen ist, sondern auch eine Entscheidung, die zwar an einen anderen gerichtet ist, aber mich unmittelbar und individuell betrifft. Es wird nun in der Literatur vertreten, im Interesse eines möglichst umfassenden Individualrechtsschutzes sei auch im Bereich der Untätigkeitsklage eine Klage auf Erlaß einer Entscheidung zuzulassen, die zwar nicht an den Kläger gerichtet wäre, aber diesen unmittelbar und individuell betroffen hätte¹⁰. Auf diese Lehrmeinung, zu der es in der Rechtsprechung des Gerichtshofes noch keine abschließende Aussage gibt¹¹, hatte sich Prodifarma natürlich berufen, um die Zulässigkeit seiner Untätigkeitsklage zu begründen.

Das Gericht ist nun in einer Hilfsbegründung auf diese Lehrmeinung eingegangen und hat geprüft, ob der Entzug der Bußgeldfreiheit den Kläger Prodifarma unmittelbar und individuell betroffen hätte. Im Bereich des materiellen Wettbewerbsrechts sieht Art. 85 Abs. 2 die Nichtigkeit von verbotenen Vereinbarungen vor. Hieran ändern Entscheidungen nach Art. 15 Abs. 6 der VO Nr. 17 über den Entzug der Bußgeldfreiheit nichts. Gegen die Parteien an einer verbotenen Vereinbarung erzeugt eine Entscheidung nach Art. 15 Abs. 6 jedoch zwei über die Nichtigkeit der Vereinbarung hinausgehende Rechtswirkungen: Gegen sie kann eine Geldbuße verhängt werden und ihr guter Glaube an die Rechtswirksamkeit der Vereinbarung wird zerstört. Die

¹⁰ In diesem Sinne z.B. Schermers/Waelbroeck, *Judicial Protection in the European Communities*, 4. Aufl. 1987, § 449, S. 230.

¹¹ Vgl. Rechtssache 247/87, *Star Fruit Company/Kommission*, Urteil vom 14. Februar 1989, Slg. 1989, S. 291, 301, sowie die Schlußanträge des Generalanwalts Lenz, aaO S. 294, 296.

Parteien behalten aber die Möglichkeit, ihre Vereinbarung weiterhin anzuwenden. Das Risiko, daß gegen sie eine Geldbuße verhängt wird, mag sie in Zukunft davon abhalten, die Vereinbarung zu praktizieren, das ist jedoch nur eine tatsächliche Folge der Entscheidung, die zudem vom Willen der betroffenen Unternehmen abhängt. Prodifarma, so fährt das Gericht fort, hat sicher ein Interesse daran, daß bei den Vertragsparteien des OPA ein derartiger Effekt eintritt. Es handelt sich aber nur um ein indirektes Interesse, das nicht ausreicht um festzustellen, daß Prodifarmas rechtliche Situation durch die beantragte Entscheidung berührt würde.

Das Gericht stellt sodann fest, daß auch im Bereich des Verfahrensrechts der VO Nr. 17 keine Anhörungsrechte der Klägerin im Entzugsverfahren nach Art. 15 Abs. 6 bestehen, die durch eine Entscheidung hätten beeinträchtigt werden können. Selbst wenn also Art. 175 Art. 3 EWGV entsprechend Art. 173 Abs. 2 erweiternd ausgelegt werden müßte, bliebe die Klage von Prodifarma unzulässig.

Sie sehen, wie das Gericht einer zu weiten Auslegung bei der Frage, ob ein Kläger "unmittelbar und individuell betroffen ist" entgegentritt und dies aus der materiellen und verfahrensrechtlichen Rechtslage entwickelt. Im übrigen ist zu dem Beschluß anzumerken, daß die doppelte Begründung ein neues, spezifisches Element in den Entscheidungen des Gerichts erster Instanz darstellt. Anders als der Gerichtshof, dessen Entscheidungen keinem Rechtsmittel unterliegen, sollte das Gericht darauf bedacht sein, seine Entscheidung ggf. auf mehrere mögliche Gründe zu stützen, da z.B. in unserem Fall nicht abzusehen war, wie der Gerichtshof als Rechtsmittelinstanz die Auslegung von Art. 175 Abs. 3 EWGV beurteilt hätte. Ich halte es auch für ein nobile officium des Richters, Parteien die Problematik eines Rechtsmittels dadurch vor Augen zu führen, daß man ihnen sämtliche Hürden zeigt, die vor einem Erfolg zu überwinden sind.

IV.

Bisher haben wir die Urteile des Gerichts juristisch betrachtet, aber noch nicht geprüft, ob die von den Urteilen behandelten Handlungen der Kommission den Wirtschaftsablauf beeinflußt haben und ob die Urteile ggf. verallgemeinert werden können. Dabei ist vorweg eine Selbstverständlichkeit zu betonen: Ein Gericht kann nur die Fälle entscheiden, die bei ihm anhängig sind. Es ist daher immer gewagt, aus einzelnen Gerichtsentscheidungen eine Linie zu konstruieren, vor allem, wenn der untersuchte Zeitraum wie hier sehr kurz ist. Mit diesem Vorbehalt läßt sich aber vielleicht folgendes sagen: In den Urteilen hat das Gericht festgestellt, daß der Kommission in der Anfangsphase ihrer kartellrechtlichen Prüfungsverfahren wohl gewisse Freiräume zustehen. Die Kommission darf in dieser Phase Maßnahmen treffen, die den Wirtschaftsablauf beeinflussen. Besonders deutlich wird dies bei den Vorschlägen zur Änderung des OPA, die ja die Warenströme durch die Förderung der Parallelimporte billigerer Arzneimittel verändern wollten. Nicht jede dieser Maßnahmen ist aber gerichtlich nachprüfbar. Soweit ihr der Charakter eines Verwaltungsaktes fehlt, bleibt die Nichtigkeitsklage unzulässig.

Die Kommission kann aber auch davon absehen, derartige Maßnahmen zu treffen. Wie vor allem der Beschluß zur Untätigkeitsklage von Prodifarma zeigt, kommt es auch hier nicht immer zur gerichtlichen Nachprüfung. Anträgen auf Ausweitung des Rechtsschutzes über den im EWG-Vertrag vorgegebenen Rahmen hinaus ist das Gericht im Urteil Nefarma entgegengetreten. Es bleibt aber, und das möchte ich deutlich betonen, abzuwarten, wie sich die Rechtsprechung entwickeln wird. Da außer der zweiten Klage von Automec noch weitere Klagen zur Anfangsphase von anderen kartellrechtlichen Verfahren anhängig sind, sollte zur Zeit auf weitergehende Analysen verzichtet werden.

V.

Zum Abschluß wollen wir einen Blick auf das Dienst- und Arbeitsrecht der Gemeinschaft werfen. Dort steht - ich wiederhole es - der Begriff der beschwerenden Maßnahme im Vordergrund, deren Abgrenzung im Einzelfall ebenfalls schwierig sein kann, wie die nachfolgenden Urteile zeigen werden. In unserem ersten Fall¹² war der Kläger ein Beamter des höheren Dienstes der Kommission, vergleichbar einem deutschen Regierungsdirektor, mit der Funktion des Leiters eines Teilbereichs in einer größeren Arbeitseinheit. Ihm unterstanden zunächst zwei andere höhere Beamte, Frau B. B. und Herr G.B., und eine Sekretärin. Bei Reorganisationen wurden am 1.10.1987 und am 4.10.1988 nacheinander beide höheren Beamten abgezogen, so daß dem Kläger nur seine Sekretärin verblieb. Hiergegen legte er zur Einleitung des vorgeschriebenen Vorverfahrens Beschwerde ein, mit der er die Annullierung von zwei Akten beantragte:

- der Versetzungsverfügung vom 28.6.1988 betreffend Herrn G.B. und
- der Weigerung, Frau B.B. durch einen anderen Beamten derselben Besoldungsgruppe zu ersetzen.

Die Beschwerde wurde, was das Statut zuläßt, von der Kommission nicht beantwortet, worauf der Kläger mit im wesentlichen denselben Anträgen Nichtigkeitsklage erhob.

Die Kommission erhob die Einrede der Unzulässigkeit der Klage, die sie u.a. mit dem Fehlen einer Maßnahme begründete, die die Rechtsstellung des Klägers hätte beeinträchtigen können. Der Kläger wandte

¹² Rechtssache T-108/89, Scheuer/Kommission, Urteil vom 12. Juli 1990, Slg. 1990, S. II-441.

hiergegen ein, das Fehlen von Mitarbeitern beeinträchtigt die Funktionen des Leiters auch eines Teilbereiches, da die Wahrnehmung seiner Aufgaben erschwert werde.

Das Gericht stellte fest, daß die Beschwer des Klägers davon abhängt, ob die Verwaltung ihre Pflicht verletzt hat, den Kläger mit angemessenen Mitteln zur Erledigung seiner Aufgaben auszustatten. Daher könne über die Zulässigkeit der Klage nur zusammen mit der Sachprüfung entschieden werden. Das Gericht nimmt also, nach einer deutschen Terminologie, eine doppelrelevante Tatsache¹³ an, die sowohl für die Zulässigkeit als auch für die Begründetheit einer Klage wesentlich ist.

In der Sache stellt das Gericht fest, daß der Abzug des Mitarbeiters G.B. aus dienstlichen Gründen gerechtfertigt war. Der Kläger könne auch nicht verlangen, daß Frau B.B. ersetzt werde, da er seine Aufgaben als Regierungsdirektor, der für einen Teilarbeitsbereich verantwortlich sei, auch ohne Mitarbeiter im höheren Dienst erfüllen könne. Es lag also keine Verletzung der Rechte des Klägers und damit auch keine Beschwer vor. Entsprechend der Rechtsprechung des Gerichtshofes zu doppelrelevanten Tatsachen¹⁴ wurde die Klage daher als unzulässig, nicht als unbegründet, zurückgewiesen. Im Ergebnis erkannte das Gericht der Kommission damit auch hier einen nachprüfungsfreien Freiraum zu.

Nachdem ich Ihnen mehrere Sachverhalte präsentiert habe, in denen kein Verwaltungsakt vorlag oder nur ein hypothetischer Verwaltungsakt

¹³ Zur Behandlung solcher Tatsachen im deutschen Zivilprozeß vgl. Stein-Jonas-Schumann, ZPO, 20. Aufl. Rdnr. 21 zu § 1.

¹⁴ Vgl. z.B. Rechtssache 126/87, Del Plato/Kommission, Urteil vom 10. März 1989, Slg. 1989, S. 643, 662, 665.

zu prüfen war, möchte ich meinen Vortrag mit einem interessanten Grenzfall aus unserer Rechtsprechung beenden: Es ging um die Wahlen zum Personalrat - der Personalvertretung - des Wirtschafts- und Sozialausschusses, eines beratenden Hilfsorgans der EWG und der EAG, (WSA). Nach dem autonom gesetzten Wahlrecht des WSA war das Wahlverfahren - z.B. Verhältniswahlrecht - von der Personalversammlung spätestens einen Monat vor Ablauf der Wahlperiode festzusetzen. 1985 wollte die Personalversammlung anstelle des bisherigen Verhältniswahlrechts das Mehrheitswahlrecht einführen, respektierte dabei aber nicht die Monatsfrist. Aus diesem Grund annullierte der Gerichtshof 1987 die Entscheidung der Personalversammlung über die Einführung des Mehrheitswahlrechts ¹⁵. Was nun? Die Personalvertretungswahlen, die der Gerichtshof seinerzeit durch eine einstweilige Anordnung ausgesetzt hatte ¹⁶, mußten endlich stattfinden, aber nach welchem Wahlrecht? In dieser Situation richtete der Generalsekretär des WSA an den 1985 gültig bestellten Wahlvorstand ein Schreiben, in dem er ausführte, die Wahl habe unverzüglich stattzufinden, und zwar nach dem Wahlverfahren, das 1985 in Kraft war, also nach Verhältniswahlrecht. Anscheinend gab es bei den Bediensteten der WSA erhebliche Unruhe. Der Wahlvorstand trat geschlossen zurück und in einer weiteren Personalversammlung mußte ein neuer Wahlvorstand gewählt werden. Dieser erbat vom Generalsekretär präzise Angaben über das anzuwendende Wahlrecht. In einem zweiten Brief antwortete der Generalsekretär: Ich bestätige, daß nach Ansicht des Organs die Wahlen nach dem Verhältniswahlrecht abzuhalten sind.

¹⁵ Verb. Rechtssachen 146/85 und 431/85, Diezler u.a./Wirtschafts- und Sozialausschuß, Urteil vom 27. Oktober 1987, Slg. 1987, S. 4283.

¹⁶ Rechtssache 146/85 R, Diezler u.a./Wirtschafts- und Sozialausschuß, Beschluß vom 11. Juni 1985, Slg. 1985, S. 1805.

Hiergegen legten mehrere Beamte Beschwerde ein, um das verwaltungsinterne Vorverfahren einzuleiten, wobei sie u.a. die Aufhebung der in den beiden Briefen enthaltenen Entscheidungen des Generalsekretärs beantragten. Stattdessen müsse eine neue Personalversammlung erneut über das Wahlrecht beschließen.

Im selben Monat erhoben die Beschwerdeführer Nichtigkeitsklage, ohne die Frist für eine Entscheidung des WSA über die Beschwerden im Vorverfahren abzuwarten. Dies war zulässig, da zugleich mit der Klage ein Antrag auf einstweilige Anordnung gestellt wurde. Diesen Antrag wies der Gerichtshof zurück¹⁷, danach fanden die Wahlen im März 1988 endlich statt.

1989 verwies der Gerichtshof das Verfahren an das Gericht, vor dem im Januar 1990 verhandelt wurde. Der WSA wandte die Unzulässigkeit der Klage ein, die er u.a. mit dem Fehlen einer beschwerenden Maßnahme begründete, da der Generalsekretär nur eine nicht bindende Stellungnahme abgegeben habe. Zwar sei die Behörde verpflichtet, den ordnungsgemäßen Ablauf der Personalratswahlen zu überwachen, verbindliche Entscheidungen brauche sie aber nur gegen offensichtliche Unregelmäßigkeiten zu erlassen. Wenn die Wahlorgane entsprechend der Stellungnahme der Behörde korrekt verfahren, seien bindende Eingriffe in die Rechte des Personals zu unterlassen.

In seinem Urteil vom 8. März 1990¹⁸ ist das Gericht dieser Argumentation nicht gefolgt. Es beginnt seine Prüfung auch hier mit einer Untersuchung der Rechtslage, die nach seiner Ansicht dadurch

¹⁷ Rechtssache 63/88 R, Maindiaux u.a./Wirtschafts- und Sozialausschuß, Beschluß vom 15. März 1988, Slg. 1988, S. 1659.

¹⁸ Rechtssache T-28/89, Maindiaux u.a./Wirtschafts- und Sozialausschuß, Urteil vom 8. März 1990, Slg. 1990, S. II-59.

gekennzeichnet ist, daß die Behörde bei der Aufsicht über Personalratswahlen nicht nur repressiv, sondern ggf. auch präventiv einzuschreiten hat. Wenn - wie hier - Zweifel über den korrekten Ablauf der Wahlen bestehen, müsse die Behörde für Rechtssicherheit sorgen und die Zweifelsfragen durch eine bindende Entscheidung lösen. Sie dürfe nicht abwarten, bis es zu einem größeren Konflikt komme, der den Ablauf der Wahl verzögern könne.

Vor dem Hintergrund der so - teleologisch - ermittelten Rechtslage würdigt das Gericht nun die beiden Briefe des Generalsekretärs; Sie kennen diese Methode schon. Der Wortlaut ergebe nicht, daß der Generalsekretär keine bindenden Weisungen habe geben wollen. In dem ersten Dokument hieß es: Die Wahlen sind nach dem Verhältniswahlrecht abzuhalten (*devront se tenir*). Dies bestätigte (*je vous confirme*) der Generalsekretär im zweiten Brief. Der Wahlvorstand als Adressat erhielt also keinen Ermessensspielraum eingeräumt, er hatte ja auch selbst vor dem zweiten Brief um präzise Angaben (*des indications précises quant au règlement électoral à appliquer*) gebeten. Da schließlich beide Wahlvorstände selbst die Noten als bindend betrachtet hätten - eine weiteres Indiz - stellt das Gericht fest, daß der Generalsekretär zwei bindende Entscheidungen erlassen habe. Damit waren die Anträge auf Annullierung zulässig. In der Sache waren die Entscheidungen im übrigen richtig.

Dieser Fall geht über die Urteile Nefarma, Automec und unseren ersten Beamtenfall hinaus. Dort hatte die Behörde nach ihrem eigenen Vorbringen im Prozeß jeweils keinen Verwaltungsakt erlassen wollen, was das Gericht bestätigte. Hier hatte die Behörde zwar ebenfalls vorgebracht, sie habe keine Verwaltungsakte erlassen wollen, das Gericht ist dem aber nicht gefolgt. Es hat, wenn ich deutsche verwaltungsrechtliche Begriffe verwende, durch Auslegung den objektiv erklärten Willen der Behörde ermittelt, der bei einer derartigen Inkongruenz

mit dem subjektiven Willen handelnder Personen maßgeblich ist. Selbst wenn der Generalsekretär keine Weisungen erteilen wollte, objektiv hat er sie erteilt und damit feststellende, streitentscheidende Verwaltungsakte an die Wahlvorstände erlassen ¹⁹. Damit ergab sich hier kein nachprüfungsfreier Raum für Handlungen der Behörde. Bei den Personalratswahlen hat das Gericht mithin erste Ansätze für eine größere Kontrolldichte entwickelt. Sie sehen hieran, wie vielfältig sich die Rechtsprechung unseres Gerichts entwickelt.

¹⁹ vgl. Stelkens-Bonk-Leonhardt, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 3. Aufl. 1990, Rdnrn. 28, 39, 131 zu § 35, m.w.N.